

Tilburg University

Contractuele gebondenheid en het beginsel van belangenmaximalisatie

Barendrecht, J.M.

Published in:
Beginselen van contractenrecht

Publication date:
2000

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Barendrecht, J. M. (2000). Contractuele gebondenheid en het beginsel van belangenmaximalisatie. In J. M. Barendrecht, M. B. Chao-Duyvis, & H. A. W. Vermeulen (Eds.), *Beginselen van contractenrecht* (pp. 15-39). W.E.J. Tjeenk Willink.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Contractuele gebondenheid en het beginsel van belangenmaximalisatie

1 Inleiding

1.1 Vertrouwen als grondslag voor gebondenheid?

In haar proefschrift heeft Benita Nieskens het opgenomen tegen de leer van het gerechtvaardigd vertrouwen, of liever gezegd daar een correctie op bepleit. Zij betoogde dat gerechtvaardigd vertrouwen op zichzelf onvoldoende is voor gebondenheid. Haar betoog kwam voort uit de onvrede die wel meer wordt gevoeld bij de leer van het gerechtvaardigd vertrouwen.¹ Deze leer geeft veel onzekerheid, omdat de stelling dat een partij heeft vertrouwd ongeveer even moeilijk is te controleren als de stelling dat deze iets heeft gewild (of niet) en omdat de vraag wanneer vertrouwen gerechtvaardigd is, moeilijk in het algemeen valt te beantwoorden. Nieskens stelde dat gebondenheid pas zou ontstaan door een ‘fait accompli’. Deze term verwijst naar de situatie waarin een partij een rechtens relevante context actie heeft ondernomen op de gedraging van een ander: zij heeft haar leven daarop ingericht.²

1 Vgl. onder meer J.M. Smits, Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 8 e.v.

2 B.W.M. Nieskens-Isphording, Het fait accompli in het vermogensrecht; een (rechtsvergelijkend) onderzoek naar een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen, 1991, p. 6 en p. 103 e.v.

Haar betoog is niet heel gunstig ontvangen. Hartkamp betoogde dat er niet veel nieuws onder de zon was, omdat het meewegen van het nadeel dat partijen over en weer lijden traditioneel ook al gebeurt.³ Naar mate de rechtshandeling nadeliger is voor de wederpartij mag daar immers minder snel op worden vertrouwd.⁴ En bij het ontbreken van nadeel door op het bestaan van de rechtshandeling voortbouwende handelingen, mag soms naar redelijkheid en billijkheid geen beroep op gerechtvaardigd vertrouwen worden gedaan.⁵ Deze kritiek gaat mijns inziens langs de kern van het betoog heen, omdat de door Hartkamp bedoelde rechtspraak van de Hoge Raad met name betrekking heeft op de positie van de wederpartij en niet op de positie van degene die in vertrouwen op het bestaan van de rechtshandeling voortbouwende handelingen heeft verricht. Bovendien wordt de thematiek van de voor- en nadelen die verbonden zijn aan het al dan niet nakomen van het contract in de recente rechtspraak van de Hoge Raad niet werkelijk systematisch aangepakt. De Hoge Raad zegt niet meer dan dat één en ander relevant kan zijn. Dat binnen het huidige stelsel met enige acrobatiek veel oplossingen mogelijk zijn, zoals Hartkamp onder verwijzing naar art. 3:11, 3:35, 6:248 lid 2 en 3:36 BW lijkt te betogen, betekent niet dat er geen ruimte is voor nadere invulling of aanvulling van de vertrouwensleer.⁶

1.2 Belangenmaximalisatie

Waar we het hebben over voor- en nadelen hebben we het over kosten en baten. Dan zitten we dicht in de buurt van de rechtseconomie. Rechtseconomie heeft de warme belangstelling van Benita Nieskens. Zij ijverde al vroeg voor een samenwerking tussen de economische en de juridische faculteit in Tilburg, een samenwerking die pas in 1998 gestalte kreeg in een gezamenlijk onderzoeksprogramma. Rechtseconomische inzichten kunnen nieuw licht werpen op de bekende tegenstellingen uit het contractenrecht, tegenstellingen die maar moeilijk kunnen

3 A.S. Hartkamp, De functie van het vertrouwen bij het ontstaan van verbintenissen, WPNR 1991, p. 747 e.v.

4 Asser/Hartkamp II 1997, nr. 111.

5 Asser/Hartkamp II 1997, nr. 111.

6 Hartkamp, t.a.p (noot 3), p. 752.

worden beslecht vanuit de aloude grondslagen van het contractenrecht. De rechtseconomie levert een belangrijke bijdrage, omdat zij een toegang biedt tot het antwoord op de vraag welke vorm van contractuele binding het beste is voor de maatschappij.⁷

⁷ Zie voor een recente rechtseconomische behandeling van het Nederlandse contractenrecht: P.W. van Wijck & J.J.J.M. Theeuwes, *Contractsvrijheid en welvaart*, in: *Contractvrijheid* (T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker red.), Deventer: Kluwer 1999, p. 431 e.v. (voortbouwend op de bijdrage van dezelfde auteurs in B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie, Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997). Voor een goed overzicht van de overvloedige literatuur zie verder de *Encyclopedia of Law and Economics*: <http://encyclo.findlaw.com/biblio/index.html>, hoofdstuk IV, General Contract Law.

Goed voor de maatschappij betekende in de beginjaren van de rechtseconomie misschien nog wel eens ‘nutsmaximalisatie’ in enge zin. Maar die tijd is voorbij: de moderne rechtseconomie doet net zo haar best alle belangen mee te wegen, ook andere dan gemakkelijk op geld waardeerbare belangen, als de moderne rechtswetenschap. En daarbij stopt men niet bij de grenzen van de economische wetenschap. Een zeer interessante stroming is die van ‘behavioral law & economics’. Daarin worden economische inzichten gecombineerd met die uit andere gedragswetenschappen, met name uit de cognitieve- en de sociale psychologie. Men gaat niet meer uit van de volledig rationele op winstmaximalisatie gerichte mens, maar houdt rekening met algemeen menselijke eigenaardigheden, zoals de beperkingen van de menselijke geest bij het verwerken van informatie.⁸

Om de associatie met een zuiver financiële afweging te vermijden, gebruik ik hierna de term ‘belangenmaximalisatie’. Onder belangen versta ik dan de behoeften, wensen en zorgen van mensen: de persoonlijke belangen van partijen, zoals die ook terug te vinden zijn in art. 3:12 BW.⁹ Het doel van maximalisatie van de belangen van partijen is overigens niet langer het exclusieve domein van de (rechts-) economie. Het is bijvoorbeeld ook terug te vinden in de moderne onderhandelingstheorie, die mede gebaseerd is op inzichten uit andere disciplines.¹⁰ Met de term belangenmaximalisatie sla ik meteen een brug terug naar de rechtswetenschap, waarin de weging van belangen immers een steeds centralere plaats krijgt.

1.3 Wat volgt

In het navolgende pas ik het beginsel van belangenmaximalisatie toe op twee belangrijke gebieden van het contractenrecht. Daarbij ga ik vooral in op de situatie waarin de belangen van de ene partij bij het al dan niet aannemen van contractuele binding de belangen van de andere partij wezenlijk overtreffen. In paragraaf 2 ga ik in op de mogelijkheid van verval van contractuele binding, indien de belangen van partijen duidelijk beter worden gediend met een andere oplossing. Traditioneel gaat het dan om de leerstukken ‘onmogelijkheid van nakoming’ en ‘verandering van

8 Zie onder meer C. Jolls, C.R. Sunstein & R. Thaler, A Behavioral Approach to Law and Economics, 50 Stanford Law Review 1998, p. 1471 e.v.

9 De algemenere maatschappelijke belangen en de belangen van derden laat ik in deze verkennende beschouwing onbesproken, zie hiervoor nog wel paragraaf 5.

10 Zie daarvoor onder meer: D. Lax & J. Sebenius, The Manager as Negotiator, New York: Free Press, 1986; M. H. Bazerman & M. A. Neale, Negotiating Rationally, New York: Free Press 1993; S.B. Goldberg, F.E.A. Sander & N.H. Rogers, Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes, 3rd Edition, Gaithersburg (NY): Aspen Law & Business 1999, p. 38 e.v.; H. Brown, & A. Marriott, ADR Principles and Practice, 2nd Edition, London: Sweet & Maxwell 1999, p. 103 e.v.; R. Fisher, W. Ury & B. Patton, Getting to yes, Negotiating an agreement without giving in, London: Random House Business Publishers 1998.

omstandigheden', die ik vergelijk met de op rechtseconomische inzichten gebaseerde Amerikaanse leer van de 'efficient breach'.

In paragraaf 3 behandel ik de spiegelbeeldsituatie. Kunnen we ook contractuele binding aannemen, omdat de belangen van partijen duidelijk beter worden gediend met een contract? Daarbij komen we op het terrein van de afgebroken onderhandelingen en van het gerechtvaardigd vertrouwen. Ik ga na welke rol het beginsel van belangenmaximalisatie daar zou kunnen spelen.

Belangenmaximalisatie vergt een vergelijking van de belangen over en weer. Daarvoor is communicatie en samenwerking nodig. Die zal gestalte moeten door informatieplichten en onderzoeksplichten, (hierna ook wel communicatieplichten), coöperatieplichten en onderhandelingsplichten. Dat zijn verplichtingen die een- en andermaal opduiken in de moderne contractstheorie, zoals die in Europese rechtsstelsels langzamerhand wordt ontwikkeld.¹¹ In paragraaf 4 wordt de in dit artikel ontwikkelde benadering in verband gebracht met deze verplichtingen. Ik ga daarbij ook nader in op de onderhandelingstheorie, die belangen centraal stelt en een kader aanbiedt voor een zodanige communicatie, coöperatie en onderhandeling dat de belangen van partijen daadwerkelijk kunnen worden gemaximaliseerd. Het lijkt alsof rechtseconomische inzichten, onderhandelingstheorie, moderne contractstheorie en de rechtspraak over weging van nadeel en belangen zo met elkaar in verband kunnen worden gebracht.

Paragraaf 5 besluit met een overzicht van de belangrijkste gewonnen inzichten. Maar deze paragraaf bevat ook de waarschuwing dat nog veel nader onderzoek nodig is, met daarbij de nodige suggesties.

2 Ontvallen van contractuele gebondenheid

2.1 Maximalisatie van belangen door een beter alternatief dan een contract

De economische grondslag voor het stimuleren van het aangaan van contracten is primair dat vrijwillig gesloten contracten over het algemeen voor beide partijen voordeel opleveren, zodat hun beider belangen beter worden gediend.¹² Zijn er geen negatieve externe effecten, dat wil zeggen geen belangen van derden of de maatschappij als geheel die worden benadeeld, dan gaat ook de maatschappij als geheel er door het contract op vooruit.¹³ Maar partijen kunnen zich vergissen. Een eenmaal gesloten contract blijkt soms achteraf niet de beste manier om de belangen van partijen optimaal te dienen. Zien beide partijen mogelijkheden om door het

11 Zie vooral M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 226 e.v. en voor Nederland J.B.M. Vranken,

12 Van Velthoven & Van Wijck, t.a.p. (noot 7), p. 125.

13 P.A. Samuelson & W.D. Nordhaus, *Economics*, Irwin/McGraw-Hill 1998, p. 36.

beëindigen van de contractuele relatie, door het sluiten van een nieuw contract met een derde of door een nieuw onderling contract hun positie te verbeteren, dan zullen zij waarschijnlijk van het oorspronkelijke contract af zien.¹⁴

Interessant wordt het eigenlijk pas als slechts één van de partijen niet meer wil, omdat deze bij nader inzien meent dat het contract voor haar nadelig is. Dat nadeel ontstaat voor haar door het beschikbaar zijn van een beter alternatief dan de uitvoering van het contract. Dat kan bijvoorbeeld zijn, omdat een partij zich de gevolgen van nakoming onvoldoende heeft gerealiseerd. De bekende zaken over het in onderling overleg beëindigen van de arbeidsovereenkomst zijn daarvoor prototypisch. Het alternatief kan ook zijn dat er een beter contract met een derde kan worden gesloten.

Van belang is nog dat het uit het oogpunt van optimalisering van de belangen niet uitmaakt of het nadeel, dat door het moeten nakomen van het contract ontstaat, gelegen is in het zo nadelig zijn van nakoming (zoals in het geval van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden of bij onvoorziene omstandigheden), dan wel in het zo voordelig zijn van een andere oplossing (zoals in het geval van een artiest die zich al heeft vastgelegd op een optreden in een achterafzaaltje die de kans krijgt in Carré op te treden).

Evenmin maakt het qua belangenmaximalisatie iets uit of de wenselijkheid van niet nakoming het gevolg is van een later opgekomen omstandigheid, dan wel altijd al in het contract besloten lag. Op het moment van de afweging is er een beter alternatief dan nakoming van het contract, daar gaat het om. Daarbij moet ook rekening worden gehouden met handelingen die al in vertrouwen op de naleving van het contract zijn verricht. De voldongen feiten van Benita Nieskens, waarop wij in paragraaf 3 verder zullen ingaan, komen hier dus al om de hoek kijken.

Is het hebben van spijt in verband met het hebben van een beter alternatief economisch relevant? Zo lang het voordeel dat de andere partij geniet uit het contract groter is dan het nadeel van de niet meer willende partij, is dat nadeel economisch geen reden om het contract niet langer te laten nakomen. Dan is het gemeenschappelijk nut in de situatie bij nakoming van het contract voor partijen per saldo nog altijd groter dan in de situatie zonder contract.

2.2 *‘Efficient breach’: onmogelijkheid van nakoming en onvoorziene omstandigheden*

14 Aannemende dat de transactiekosten (de kosten van onderhandeling en sluiting van een nieuwe overeenkomst) niet hoger zijn dan de te behalen winst.

Moeilijker wordt het als het nadeel van de partij die niet meer wil nakomen, groter is dan het voordeel dat de wederpartij uit het contract zal genieten.¹⁵ De theorie van de 'efficient breach' zegt dan dat de eerste partij van het contract moet afkunnen, eventueel onder compensatie van het nadeel dat de wederpartij door het niet nakomen van het contract leidt. Geen nakoming dus, wel schadevergoeding.¹⁶

Dat is een systeem dat ons vreemd in de oren klinkt, nu bij ons een nakomingsvordering pas zal worden afgewezen, wanneer nakoming zeer bezwaarlijk is.¹⁷ Maar in het Angelsaksische recht denkt men daar anders over. Daar is de vordering tot nakoming een uitzondering.¹⁸ In art. 9:102 van de Principles of European Contract Law wordt een tussenpositie ingenomen, die tendeert in de richting van het principe van 'efficient breach': **wanneer voor nakoming een onredelijke inspanning of uitgave nodig is, behoeft niet te worden nagekomen, terwijl dit evenmin hoeft als sprake is van arbeid of diensten met een persoonlijk karakter of de nakoming afhankelijk is van een persoonlijke relatie.**¹⁹

Een deel van de problematiek wordt bij ons nog wel opgevangen door de regeling van de onvoorziene omstandigheden van art. 6:258 BW, die ingrijpen door de rechter mogelijk maakt als sprake is van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Wij weten echter nog weinig van de gevallen waarin deze bepaling kan worden toegepast. Veel meer dan dat deze bepaling met terughoudendheid moet worden gehanteerd, is niet bekend. De Principles of European Contract Law zijn ook wat dit betreft specifiek: de nakoming van de overeenkomst moet

15 Economen spreken dan van Hicks-Kaldor efficiëntie (de vooruitgang voor een of meer partijen is groter dan de achteruitgang voor de anderen) in tegenstelling tot Pareto efficiëntie waarbij een of meer partijen er op vooruit gaan zonder dat anderen er op achteruit gaan, zie Van Velthoven en Van Wijck, t.a.p. (noot 7), p. 28.

16 R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston: Little, Brown and Company 1992, p. 117 e.v.; I.R. Macneil, *Efficient Breach of Contract: Circles in the sky*, 68 *Virginia Law Review* 1982, p. 947 e.v.; T. Ulen, *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies*, 89 *Michigan Law Review* 1984, p. 341-403; Zie voor een discussie van deze theorie met verdere verwijzingen R.A. Hillman, *The Richness of Contract Law, An analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law* 1997, p. 218 e.v. Vgl. voor Nederland Van Wijck en Theeuwes, t.a.p. (noot 7), p. 8.

17 De hoofdregel is dat een nakomingsvordering altijd toewijsbaar is, zie art. 3:296 lid 1 BW, maar de rechtspraak maakt een uitzondering als nakoming onmogelijk is, wat niet anderszins als de schuldenaar zichzelf in die positie heeft gebracht, in welk geval nakoming niet hoeft plaats te vinden als deze slechts mogelijk is door het brengen van offers die, alle omstandigheden in aanmerking genomen, niet van de schuldenaar kunnen worden geleverd, zie HR 21 mei 1976, NJ 1977, 73 (Oosterhuis/Unigro) en HR 27 juni 1997, NJ 1997, 641 (Budde/Toa Moa Cruising).

18 Zie G.H. Treitel, *The Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell, 1995, p. 918 e.v.

‘excessively onerous’ zijn.²⁰ Daarbij lijkt men echter vooral te denken aan verstoring van het contractuele evenwicht: dat wil zeggen de nakoming wordt voor een partij veel bezwaarlijker. De mogelijkheid dat een partij bij gelijkblijvende contractuele verhoudingen een veel beter alternatief blijkt te hebben, wordt niet in de beschouwing betrokken.²¹

19 Zie lid 2 sub b en c.

20 Article 6:111 PECL.

21 Zie Comment on Article 6:111 PECL onder B (i) en de gevaltypen besproken bij Hesselink, t.a.p. (noot 11), p. 354 e.v.

De theorie van de efficient breach is dus niet aanvaard in het geldende recht. Maar zij sluit wel goed aan bij problematiek die vaak speelt in contractuele verhoudingen. Veel contractuele geschillen ontstaan, doordat een partij achteraf spijt krijgt van het overeengekomene.²² Meestal komt dit doordat zij nu ziet dat er andere, voor haar gunstigere, (transactie-)mogelijkheden zijn. Als dit gevoel bij haar overheerst, kan dit de naleving van het oorspronkelijke contract gaan compliceren, met name waar de persoonlijke inspanning en het persoonlijke commitment wezenlijk zijn.

3.3 Drempel: alleen in duidelijke gevallen

Dat de theorie van de 'efficient breach' in deze simpele vorm niet is aanvaard, is begrijpelijk. Zij houdt geen rekening met de mogelijkheid van simulatie en de transactiekosten.²³ Een partij die niet meer wil nakomen, kan gemakkelijk haar nadelen bij de nakoming van het contract overdrijven. Op haar zal weliswaar redelijkerwijs de bewijslast rusten dat haar nadeel groter is dan het voordeel van de wederpartij, maar de mogelijkheid om aan te voeren dat het contract toch niet hoeft te worden nagekomen, kan de wederpartij al op flinke lasten zetten.

Het maatschappelijke voordeel dat een contract niet wordt gerealiseerd als er oplossingen mogelijk zijn die meer gemeenschappelijke winst opleveren, moet dus worden afgewogen tegen het nadeel van de lasten verbonden aan het oplossen van geschillen hierover en de lasten van onzekerheid over de uitkomst. In verband met deze lasten vermindert de mogelijkheid van een beroep op 'efficient breach' het vertrouwen op de nakoming van contracten in het algemeen. De kans dat dit betoog wordt gevoerd met de aan discussie hierover verbonden lasten verhoogt de kosten van het aangaan van overeenkomsten (de transactiekosten). Dat is nadelig voor het functioneren van de markteconomie.²⁴

Een mogelijke kritiek op het leerstuk is ook dat partijen zelf wel tot een regeling zullen kunnen komen. De partij die niet langer wil nakomen, kan immers met de wederpartij in contact treden. Als het voordeel voor de niet-nakomende partij groter is dan het nadeel voor de wederpartij, is er immers alle ruimte om een

22 B. Heussen, Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 1997, Rdn. 383.

23 Hillman t.a.p. (noot 14), p. 222.

24 R.A. Posner, Economic Analysis of Law, Boston: Little, Brown and Company 1992, p. 119.

nieuwe overeenkomst te sluiten. Het contract kan worden 'afgekocht'.

Bezwaar van de oplossing waarin het aan partijen zelf wordt overgelaten om het probleem van de 'efficient breach' op te lossen, is echter dat de partij die een veroordeling tot nakoming kan krijgen daardoor een onevenredige druk op de wederpartij kan leggen. Zij zou bij wijze van spreken een overeenkomst kunnen uitonderhandelen waarbij zij een 'afkooopsom' krijgt ter waarde van het saldo van de voor- en nadelen die door de 'efficient breach' worden genoten minus een gulden. Via de nakomingsvordering kan de wederpartij dus als het ware en aanspraak geldend maken op 'winstafdracht', die hier niet op haar plaats lijkt. De partij die niet wil nakomen, kan zich hiertegen alleen maar te weer stellen door te dreigen het dan toch maar op nakoming te laten aankomen. In deze situatie kunnen onderhandelingen een machts spel worden, dat er toe kan leiden dat partijen de mogelijke winst geheel laten schieten, met de kans op geschillen die daar weer uit voortvloeit.²⁵

De mogelijkheid van simulatie en de transactiekosten pleiten er wel voor 'efficient breach' alleen toelaatbaar te achten in gevallen waarin het duidelijk is dat het voordeel van de ene partij het nadeel van de wederpartij overtreft.²⁶ Dan zijn de kosten van vaststelling en beoordeling van de voor het beroep op 'efficient breach' relevante feiten immers gering en zullen de transactiekosten ook overigens vrijwel zeker worden goed gemaakt door de te behalen winst.

2.4 Nadere voorwaarden, communicatie en onderhandelingsplicht

Maar hierbij kunnen wel nadere complicaties rijzen. Partijen hebben vaak maar een beperkt overzicht van elkaars belangen. Het kan bijvoorbeeld zijn dat een partij al voortbouwende handelingen heeft verricht met het oog op de situatie bij nakoming van het contract. Omdat de partij die zich op 'efficient breach' beroept, niet altijd alle nadelen kan overzien die de niet-nakoming voor haar wederpartij oplevert, zal zij hierover wel eerst informatie moeten inwinnen bij haar wederpartij.

Bovendien zou wellicht als voorwaarde kunnen worden gesteld dat de nadelen van de wederpartij redelijkerwijs in geld compenseerbaar zijn. Ook lijkt het billijk dat de schadevergoeding voor het niet nakomen onmiddellijk wordt voldaan. Het zou immers onredelijk zijn als de wederpartij een jarenlange procedure zou moeten voeren om de schade geleden door de niet-nakoming vergoed te krijgen. In het huidige recht zal een partij immers veel liever een vordering tot nakoming hebben,

25 Vgl. hierbij Macneil (t.a.p. noot 16), p. 954, die stelt dat de vraag of een systeem van 'efficient breach' of van 'specific performance' de voorkeur verdient, moet worden beantwoord aan de hand van de relatieve hoogte van de transactiekosten onder beide stelsels.

26 Vgl. de drempel van een 'zeer ernstige verandering' die algemeen wordt aangenomen bij verandering van omstandigheden en soortgelijke leerstukken, zie Hesselink, t.a.p. (noot 11), p. 332 e.v. en P. Abas, Enige gedachten over de gedeeltelijke ontbinding (aanpassing) in de zin van art. 6:258 BW, WPNR 1998, p. 211 e.v.

dan een vordering tot schadevergoeding. De eerste is immers veel gemakkelijker te bepalen en door te zetten, bijvoorbeeld in een kort geding, dan de laatste, omdat daarvoor een vertaalslag van de overeengekomen prestatie in waarde en bijkomende schade zal moeten worden gemaakt.

Redelijkerwijs zouden ook de transactiekosten verbonden aan de wijziging van het contract, die voor het uit elkaar gaan nodig is, geheel voor rekening moeten komen van de partij die niet langer wil nakomen. In het geval de wederpartij een vervangende transactie moet aangaan, zal zij daarvoor bovendien nog zoek- en contractskosten moeten maken, die eveneens vergoed zouden moeten worden, voorzover zij nog niet in de vergoeding van haar schade, te berekenen naar het positief belang, zijn begrepen. Denkbaar is tenslotte dat de wederpartij bovenop de vergoeding van haar werkelijke schade en kosten een (geringe) extra beloning krijgt: een aandeel in het voordeel dat zij haar wederpartij gunt door niet op nakoming aan te dringen. Een dergelijke beloning zou een prikkel kunnen vormen om aan de wijziging van de contractuele verhoudingen mee te werken.²⁷

Dit betekent praktisch gesproken dat een beroep op 'efficient breach' alleen toelaatbaar zou moeten zijn wanneer er eerst communicatie heeft plaats gevonden.²⁸ In deze context wordt wel vaker een onderhandelingsplicht aangenomen.²⁹ Die onderhandelingsplicht zou nader kunnen worden geconcretiseerd door aan te geven dat daarin in ieder geval aan de orde moeten komen:

- (1) De beoogde voordelen bij niet-nakoming;
- (2) De door de niet-nakoming bij de wederpartij te verwachten nadelen ;
- (3) Of het saldo van voor- en nadelen bij niet-nakoming voor de partij die niet wil nakomen het saldo van de voor- en nadelen van de wederpartij duidelijk overtreft; daarbij moet worden uitgegaan van de situatie op het moment van onderhandeling en dus rekening worden gehouden met 'voldongen feiten';
- (4) De compenseerbaarheid van dat saldo;
- (5) De omvang van de compensatie voor de door de wederpartij te lijden nadelen waaronder de zoek- en transactiekosten voor het sluiten van een eventuele vervangende overeenkomst (waarbij vergoeding van het positief belang met voordeelstoerekening uitgangspunt zal zijn);

27 Zie over de verschillende kostenposten ook Macneil, t.a.p. (noot 16), p. 957/958.

28 Macneil, t.a.p. (noot 16), p. 959 ziet dit terecht als een mogelijkheid om de transactiekosten te verlagen.

29 Artikel 6:111 onder 2 PECL, A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten, Monografie Nieuw BW A10, Deventer: Kluwer 1998, nr. 38 met verdere verwijzingen en Hesselink, t.a.p. (noot 11), p. 346 e.v.

- (6) De omvang van de vergoeding van de door de wederpartij voor het uit elkaar gaan te maken kosten;
- (7) De omvang van een eventuele beloning voor het meewerken aan het bereiken van de situatie waarin maximale gemeenschappelijke winst kan worden behaald.

Deze communicatie moet tot het beeld leiden dat de voordelen bij niet-nakoming de nadelen van de wederpartij duidelijk overtreffen, dat die nadelen compenseerbaar zijn, alsmede dat de omvang van de compensatie, de kostenvergoeding en de beloning zodanig zijn dat de niet-nakomende partij deze wil voldoen. Dan is niet-nakoming economisch gerechtvaardigd. Een dergelijke afweging kan in beginsel plaatsvinden binnen het kader van de beantwoording van de vraag of nakoming kan worden gevorderd of dat van art. 6:258 BW. Zij zou door partijen zelf of onder leiding van de rechter kunnen geschieden in het kader van de uitoefening van zijn aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden.³⁰

Opmerking verdient nog dat het bij een dergelijke afweging niet meer nodig is om de vraag te beantwoorden of de omstandigheid die het voordeliger maakt om het contract niet na te komen verdisconteerd was in het contract, dan wel dat deze voor rekening en risico van de niet nakomende partij kwam. Wat ook de oorzaak is, partijen zijn samen beter uit als het contract niet wordt nageleefd. Art. 6:258 BW is met andere woorden dus geen wettelijke basis voor ieder geval van 'efficient breach'. Voor gevallen waarin dat artikel niet kan worden toegepast, of om discussie over de oorzaak te vermijden, zal de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid te hulp moeten worden geroepen.

2.5 *Andere gevallen waarin geen binding: beperkingen door beginsel van belangenmaximalisatie*

Uiteraard betekent aanvaarding van de figuur van 'efficient breach' niet dat er geen ruimte meer zou moeten zijn voor het geheel ontbreken of wegvallen van de contractuele binding op grond van het niet gerechtvaardigd zijn van het vertrouwen, op grond van wilsgebreken of

30 Waarover Hammerstein & Vranken, t.a.p. (noot 29), nr. 43 en 44.

op grond van een tekortkoming. Het voordeel van die wegen is dat een partij langs die weg geheel van een overeenkomst af kan, zonder tot enige compensatie gehouden te zijn. Bovendien kunnen die wegen soms ook worden bewandeld wanneer de wederpartij meer voordelen van de overeenkomst zou genieten dan de partij die niet wil nakomen aan nadelen zou lijden.

Soms, want voor dwaling maakt artikel 6:230 BW duidelijk dat ook hier het beginsel van maximalisatie van de gemeenschappelijke winst de doorslag kan geven: wanneer de wederpartij tijdig een wijziging van de overeenkomst voorstelt die het nadeel opheft, vervalt de bevoegdheid tot vernietiging. Voor de mogelijkheid van ontbinding is er de bekende discussie of art. 6:265 BW, dat in beginsel ontbinding toestaat bij iedere tekortkoming, niet beperkter moet worden opgevat. Regelmatig wordt bijvoorbeeld betoogd dat genoeg moet worden met schadevergoeding wanneer de nadelen daarmee voldoende worden gecompenseerd, terwijl de belangen van de wederpartij bij voorzetting van de relatie groot zijn.³¹

3 Efficiënt contract?

3.1 *Belangenmaximalisatie doordat het aannemen van een contract een beter alternatief is*

Via de theorie van de 'efficient breach' **kan de doelstelling van maximalisatie van belangen contractuele verhoudingen beïnvloeden. Uitgangspunt blijft dat partijen zelf uitstekend in staat zijn om te beoordelen welk contract hun gemeenschappelijke belangen optimaliseert. Maar als er, uitgaande van het contract zoals zij dat hebben gesloten, een duidelijke verbetering mogelijk is, wordt aan partijen een begaanbare route geboden om die betere situatie te bereiken.**

Nu bekijken wij de omgekeerde situatie. Kan het ook zinvol zijn om partijen gebonden te achten, omdat zij bij sluiting van het contract gemeenschappelijke winst kunnen boeken? Dan is

31 Zie Asser/Hartkamp I 1997, nr. 516 met verdere verwijzingen.

met name weer de situatie interessant dat het contract voor de ene partij nadeel oplevert, wat waarschijnlijk de reden is dat deze het contract niet wenst, terwijl het voordeel voor de andere partij bij het aangaan van het contract groter is.

3.2 *Efficiënt contract: afgebroken onderhandelingen, gerechtvaardigd vertrouwen en inpassing van het 'fait accompli'*

De gedachte van 'efficient contract' is zo mogelijk nog vreemder dan die van 'efficient breach'. Er zijn ontelbare contracten denkbaar tussen ontelbare partijen die hen gezamenlijk meer voordelen dan nadelen zouden opleveren. Maar het opleggen van gebondenheid in al die gevallen zou zoiets betekenen als een terugkeer naar het definitief verlaten model van de planeconomie.

Aan de andere kant zijn er in het huidige recht wel gevallen waarin binding aan een contract aan een partij wordt opgelegd. Onderhandelingen kunnen naar Nederlands recht zo ver gevorderd zijn dat zij niet meer kunnen worden afgebroken. En er is natuurlijk de leer van het gerechtvaardigd vertrouwen van art. 3:35 BW die gebondenheid kan scheppen. Beide leerstukken laten de rechter veel ruimte. Er is daarom in de literatuur en in de rechtspraak behoefte aan een nader selectie criterium: dat kan de vorm hebben van een specificatie wanneer vertrouwen gerechtvaardigd is, of van een aanvullende voorwaarde voor binding.

Benita Nieskens betoogde dat vertrouwen niet voldoende is voor gebondenheid. Economisch gezien zit daar veel in. Dat een partij vertrouwt op het aangaan zijn van een contract, betekent immers nog niet dat dit contract gemeenschappelijke winst oplevert. Het kan goed zijn dat een dergelijk contract voor beide partijen nadelig is, of dat de voordelen voor één partij per saldo niet opwegen tegen de nadelen voor de wederpartij. Economische argumenten spreken alleen voor het verbinden van gevolgen aan het gerechtvaardigd vertrouwen, indien het uitvoeren van de overeenkomst voor beide partijen voordelig zou zijn, of indien de overeenkomst voor de vertrouwende partij meer voordelen biedt dan zij aan nadelen

biedt voor de wederpartij.³²

Van deze afweging vindt men wel iets terug in de rechtspraak. Naar mate de rechtshandeling nadeliger is voor de wederpartij mag daar immers minder snel op worden vertrouwd.³³ En bij het ontbreken van nadeel door op het bestaan van de rechtshandeling voortbouwende handelingen, mag soms naar redelijkheid en billijkheid geen beroep op gerechtvaardigd vertrouwen worden gedaan.³⁴ Tenslotte zegt de nieuwste rechtspraak van de Hoge Raad dat bij de beantwoording van de vraag of bij afgebroken onderhandelingen moet worden afgerekend alsof de overeenkomst was nagekomen (vergoeding van het positief belang) ook de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moeten meewegen.³⁵ Dat is in overeenstemming met de rechtspraak in de meeste andere Europese landen, waarin de reden voor het afbreken belangrijk wordt gevonden.³⁶

Met het 'fait accompli' zoekt Nieskens in de goede richting. Want als een partij in vertrouwen op het bestaan van een overeenkomst voortbouwende handelingen heeft verricht, zal het vaak zo zijn dat zij nadeel zal ondervinden van het feit dat de transactie niet doorgaat. Voortbouwende handelingen als het aangaan van andere contracten hebben die partij kosten opgeleverd. Daarbij gaat het niet alleen om de directe kosten van het verrichten van die handelingen, maar ook om de tijd en inspanning die er in is geïnvesteerd en die mogelijk op andere wijze had kunnen worden aangewend: 'opportunity costs'. In zoverre gaat het inderdaad om de wijze waarop de vertrouwende partij haar leven heeft ingericht.

Wel moet worden bedacht dat niet al deze kosten daadwerkelijk nadeel

32 Zie voor een diepgaande analyse A. Katz, *The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations*, 105 *Yale Law Journal* 1996, 1249-1309.

33 Asser/Hartkamp II 1997, nr. 111.

34 Asser/Hartkamp II 1997, nr. 111.

35 HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruiterij/MBO).

36 Hesselink, t.a.p. (noot 11), p. 76.

opleveren. De gedane investeringen brengen bij het niet doorgaan van de transactie mogelijk minder op, maar zij behoeven daarmee niet geheel nutteloos te zijn geworden: een autohandelaar die er op vertrouwt dealer te worden bij een groot merk en daarop een showroom laat bouwen, kan mogelijk nog wel een ander dealer-contract verwerven of het verbouwde onroerend goed verkopen aan een derde die er keukens in gaat tonen.

Een partij die voortbouwend heeft gehandeld, heeft daarmee als het ware de richting bepaald waarin partijen hun belangen kunnen optimaliseren. Anders gezegd: de mogelijkheden van partijen om in de toekomst winst te behalen zijn ingeperkt. Zonder de gedane investering zou de situatie moeten worden vergeleken tussen naleving van het contract en niets samen doen. Na de investering moet worden vergeleken tussen naleving van het contract en de situatie waarin de ene partij een investering heeft gepleegd, die zonder de nakoming van de overeenkomst mogelijk minder zal opleveren, en soms zelfs minder dan de geïnvesteerde kosten en de door de investering gemiste andere kansen. Bij investeren gaat de kost immers meestal voor de baat uit. Het voordeel van de vertrouwende partij bij het wel nakomen van het vermeende contract is dus in geval van een voldongen feit over het algemeen groter dan zonder een dergelijk voldongen feit.

Maar als men optimalisering van de belangen over en weer centraal stelt, is het 'fait accompli' **ook geen noodzakelijke en voldoende voorwaarde voor binding. Ook zonder of los van investeringen kan naleving van het contract voor een partij veel voordelen opleveren. Sommige voortbouwende handelingen leveren bovendien ook los van de nakoming van het contract voordelen op. Bovendien kan het ook in het geval van een voortbouwende handeling zo zijn dat de wederpartij een veel groter nadeel lijdt bij naleving van het contract dan het voordeel van de vertrouwende partij.**

Voor wat betreft de weging van nadelen aan beide zijden en de relevantie van voldongen feiten biedt het huidige contractenrecht dus de nodige ruimte om het beginsel van belangenmaximalisatie toe te passen. Kijken wij naar het rechtsgevolg van compensatie van het door de niet willende partij geleden nadeel dan is de figuur van 'efficient contract' echter minder goed terug te vinden in het systeem. Zij zou immers inhouden dat de vertrouwende partij de wederpartij zou moeten compenseren voor het nadeel dat die leidt door het moeten nakomen van het contract. Waar een partij zich wil ontdoen van een overeenkomst is de nodige differentiatie in rechtsgevolgen aanvaard en zijn er zoals wij zagen tendensen richting het zoeken naar oplossingen die de gemeenschappelijke winst maximaliseren. Maar waar een partij zijn wederpartij juist wil houden aan het overeengekomen ontbreekt die differentiatie nog.³⁷ Bij binding op grond van art. 3:35 BW is de

³⁷ Zie voor enige suggesties in die richting wel Contractenrecht II (oud; Blei Weissmann), nr. 29c.

overeenkomst waarop gerechtvaardigd werd vertrouwd het enige richtpunt. Alleen bij de aansprakelijkheid uit de precontractuele redelijkheid en billijkheid is nog een tweede oplossing gedefinieerd: vergoeding van de gemaakte kosten, indien geen contract wordt gesloten. Ruimte voor andere oplossingen zal moeten worden gecreëerd op basis van de grondslag van de redelijkheid en billijkheid.

3.3 Een drempel voor duidelijke gevallen?

Wat zou de kritiek op de gedachte van efficiënt contract kunnen zijn? Bij 'efficient breach' wees men op de mogelijkheid van simulatie en op de transactiekosten. Deze bezwaren ziet men terug als het gaat om de leer van het gerechtvaardigd vertrouwen, zij het in de minder concrete vorm van problemen met de vaagheid van deze norm. Het lijkt wel of deze punten hier minder zwaar tellen.

Ook de mogelijkheid dat men tegen zijn wil gebonden wordt geacht, verhoogt immers de transactiekosten met de daaraan verbonden nadelen voor het functioneren van de markteconomie. Men hoeft maar te denken aan de angst die onderhandelende partijen moeten hebben voor aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen of voor het wekken van vertrouwen bij een wederpartij dat een overeenkomst is gesloten. Dat leidt tot het inschakelen van mogelijk kostbare rechtshulp en tot het nemen van maatregelen die voorkomen dat bij de wederpartij vertrouwen ontstaat, welke maatregelen weer een negatief effect kunnen hebben op het onderhandelingsklimaat. Hier zijn er dus net zo goed lasten van onzekerheid die als maatschappelijke nadelen moeten worden afgewogen tegen de voordelen van het toch aannemen van contractuele binding. Heeft men minder moeite met het tegen haar wil binden van een partij dan met het tegen haar wil gebonden houden van een partij? Dat lijkt eigenlijk ongerijmd. Dit heeft echter mogelijk te maken met de verschillende functies die de leer van het gerechtvaardigd vertrouwen vervult en waar wij nog op terugkomen.

Een mogelijke gedachtegang is ook hier weer dat partijen zelf wel tot een regeling zullen kunnen komen. Als het voordeel voor de partij die het contract wenst groter is dan het nadeel voor de wederpartij, is er immers wederom ruimte om een nieuwe overeenkomst te sluiten. Van die overeenkomst kan compensatie van het nadeel voor de wederpartij onderdeel zijn. Of treedt ook hier weer een verstoring van de onderhandelingen op, omdat één partij een bepaalde oplossing kan afdwingen? Naar huidig recht is die mogelijkheid van verstoring er inderdaad: de partij die gerechtvaardigd vertrouwt, kan immers de nakoming van het contract vorderen zonder tot enige compensatie gehouden te zijn. Net zoals bij 'efficient breach' is er dus weer een grote kans dat er een machtsspel ontstaat. De mogelijkheid om door het sluiten van een contract de belangen maximaal te dienen kan verdampen doordat de discussie zich tussen twee uitersten beweegt: wel gerechtvaardigd (totstandkomings-) vertrouwen en dus een contract of geen

gerechtvaardigd vertrouwen en dus geen contract.

Nu de argumenten niet wezenlijk anders liggen, lijkt het in verband met de mogelijkheid van simulatie en de transactiekosten ook hier weer nodig een drempel aan te brengen. Op basis van het leerstuk van 'efficient contract' zou alleen een contract moeten worden aangenomen als de situatie met contract duidelijk beter is, zodat redelijkerwijs geen kostbaar debat kan ontstaan over de zinvolheid van het contract en de extra transactiekosten vrijwel zeker zullen worden gecompenseerd door hogere opbrengsten. Het heeft weinig zin om een marginale verbetering van de posities van partijen te bewerkstelligen door hen tot een door één van beide partijen niet gewenste samenwerking te veroordelen.

Maar deze drempel van een duidelijke verbetering van de gezamenlijke positie van partijen is wellicht bij 'efficiënt contract' nog niet voldoende. Het zou immers vreemd zijn om partijen die in het geheel geen voorafgaande band hebben tot een contractsband te laten komen. In het kader van de leer van het gerechtvaardigd vertrouwen vervult ook het 'toedoen' nog de rol van een drempel. Het gerechtvaardigd vertrouwen moet door de wederpartij zijn veroorzaakt.³⁸ Alleen binnen het (gedeeltelijk contractenrechtelijke en gedeeltelijk kartelrechtelijke) leerstuk van contractsdwang kan een binding zonder toedoen worden opgelegd.³⁹

3.4 *Nadere voorwaarden, communicatie en onderhandelingsplicht*

Het zal duidelijk zijn: ook bij eventuele aanvaarding van de figuur van 'efficient contract' is communicatie tussen partijen nodig. Er moet immers vast worden gesteld welke voordelen en nadelen voor beide partijen aan het beoogde contract zijn verbonden. Compenseerbaarheid van de nadelen aan de kant van de wederpartij zou eveneens weer een voorwaarde kunnen zijn. Uiteindelijk komt men weer uit op een onderhandelingsplicht, die nu als volgt kan worden geconcretiseerd. Aan de orde moeten komen:

1. De beoogde voordelen bij nakoming van het contract;
2. De door de nakoming bij de wederpartij te verwachten nadelen;
3. Of het saldo van voor- en nadelen voor de partij die nakoming wenst

38 Zie Smits, t.a.p. (noot 1), p. 143 e.v. en J.M. Barendrecht, Vertrouwen koppelen aan de feiten, WPNR 1996, p. 353 e.v. Zie ook HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruiters/MBO) sprekend over de mate waarin de wederpartij aan het ontstaan van gerechtvaardigd vertrouwen heeft bijgedragen.

39 Vgl. laatstelijk I.S.J. Houben, Contractdwang, in: Contractvrijheid (T. Hartlief & C.J.J.M. Stolk red.), Deventer: Kluwer 1999, p. 347 e.v. Het zou interessant zijn om te onderzoeken of het beginsel van optimalisering van belangen een verklaring kan bieden voor het verschijnsel van de contractsdwang. Duidelijk is dat een groot belang aan de zijde van de partij die zich er op beroept vaak een voorwaarde is voor een geslaagd beroep op contractsdwang. Dit zal zich met name voordoen in geval van het ontbreken van andere opties om de bewuste prestatie te kunnen betrekken (een door een machtspositie veroorzaakte afhankelijkheidsrelatie).

het saldo van de voor- en nadelen van de wederpartij duidelijk overtreft; daarbij moet weer worden uitgegaan van de situatie op het moment van onderhandeling en dus rekening worden gehouden met ‘voldongen feiten’;

4. De compenseerbaarheid van dat saldo;
5. De omvang van de compensatie voor de door de wederpartij te lijden nadelen;
6. De omvang van de vergoeding van de door de wederpartij voor het aangaan van de overeenkomst te maken kosten;
7. De omvang van een eventuele beloning voor het meewerken aan het bereiken van de situatie waarin maximale gemeenschappelijke winst kan worden behaald.

Een dergelijke afweging zou een invulling kunnen vormen van de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen. Zij past ook goed bij de verplichting om door te onderhandelen die in deze context regelmatig wordt aangenomen, althans in Nederland.⁴⁰ Deze verplichting is in de traditionele leer moeilijk te plaatsen en in de praktijk is ook onzeker hoe ver zij gaat. Het bovenstaande lijstje geeft aanknopingspunten voor een antwoord op die vraag: er hoeft in beginsel alleen te worden dooronderhandeld indien en voorzover er een contract in het verschiet ligt dat duidelijk gemeenschappelijke winst oplevert.

Deze afweging zou ook kunnen worden gebruikt om de zo vage afweging van de gerechtvaardigdheid van vertrouwen nader in te vullen. Maar omdat art. 3:35 BW geen compensatiemogelijkheid kent, zal de redelijkheid en billijkheid waarschijnlijk als grondslag moeten gelden.

3.5 *Andere gevallen waarin wel binding: beperkingen door beginsel van belangenmaximalisatie?*

De parallel verder langslopend komen wij thans aan de vraag of een door één partij ongewenste binding ook mogelijk moet zijn als het contract niet de oplossing is die de belangen van partijen optimaliseert. Naar de huidige rechtspraak is dat zonder meer mogelijk: nadeel aan de kant van de wederpartij is slechts een indicatie contra het aannemen van een plicht tot vergoeding

40 Hesselink, t.a.p. (noot 11), p. 85.

van het positief belang bij afgebroken onderhandelingen of het aannemen van binding op basis van gerechtvaardigd vertrouwen.

Voor wat betreft de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen wordt in de praktijk echter vrijwel nooit afgerekend op basis van positief belang. Dat is voor een deel te verklaren doordat contracten waarin gemeenschappelijke winst haalbaar is via de heronderhandelingsplicht regelmatig alsnog tot stand zullen komen en dat de rechter voor het overige geneigd zal zijn partijen niet tot samenwerking te veroordelen, wanneer zij ook na een 'lijmpoging' niet tot zaken komen.

Internationaal wordt over het algemeen ook gekozen voor afrekening op basis van negatief belang: de voor de onderhandeling gemaakte kosten en de schade geleden door een eventueel 'fait accompli' zijn vergoedbaar.⁴¹ Het beginsel van belangenmaximalisatie zou een verklaring voor deze uitkomst kunnen zijn. Want als een contract de wederpartij meer nadelen biedt dan het de op de totstandkoming van een overeenkomst vertrouwende partij aan voordelen oplevert, is het maatschappelijk niet zinvol dat contract tot stand te laten komen. Dan is het beter dat partijen van de samenwerking afzien. Het is dan tegenstrijdig om door de schade te vergoeden op basis van vergoeding van het positieve belang van de vertrouwende partij toch af te stemmen op de onwenselijke situatie die niet de belangen van partijen optimaliseert. De vertrouwende partij wordt door vergoeding van positief belang in deze gevallen immers gebracht in een toestand waarin die ook niet terecht zou zijn gekomen als de contractsonderhandelingen goed zouden zijn verlopen. Haar 'voordeel' is dus maar betrekkelijk. De wederpartij wordt bij vergoeding van positief belang met een omvangrijke vergoedingsplicht opgezadeld, die betekent dat voor haar een zeer nadelige situatie ontstaat.

Het totaalbeeld wordt beter als de vertrouwende partij haar negatieve belang vergoed krijgt: de kosten en de schade geleden, doordat zij zich in een 'fait accompli' situatie heeft begeven. De wederpartij krijgt dan een lagere vergoedingsplicht opgelegd. De vertrouwende partij wordt niet gebracht in de positie met twijfelachtige voordelen die zou ontstaan als het niet optimale

41 Zie article 2:301 PECL; Hesselink, De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht, WPNR 1996, p. 879 e.v. en 906 e.v. en t.a.p. (noot 11), p. 80 e.v.

contract toch zou zijn nagekomen, maar krijgt de schade vergoed die zij lijdt doordat de gedane investeringen minder rendement opleveren nu het contract niet doorgaat.

Bij toepassing van art. 3:35 BW ligt het geheel anders. Het probleem is namelijk dat dit artikel in de praktijk niet alleen gevallen dekt waarin de wil van partijen op het moment van contractssluiting uiteenloopt. Het artikel vervult als het ware ook een bewijsfunctie: omdat de werkelijke wil van een partij niet vaststelbaar is, zijn de verklaringen en gedragingen van de wederpartij zoals die redelijkerwijs mogen worden opgevat in de praktijk steeds het ijkpunt wanneer moet worden beslist of een overeenkomst is gesloten. Het artikel moet zowel worden ingezet tegen wederpartijen die het contract wel wilden, maar er vanaf proberen te komen, als tegen partijen die niet wilden, maar door hun verklaringen of gedragingen de schijn wekten gebonden te willen zijn.

Omdat die gevallen praktisch niet goed te onderscheiden zijn, is het niet mogelijk de test of een overeenkomst duidelijk winst voor de totale belangen van partijen oplevert in het kader van de leer van gerechtvaardigd vertrouwen steeds beslissend te laten zijn. Dan zou vrijwel iedere partij die een contract niet meer wil, van dat contract af kunnen en zou alsnog de situatie ontstaan die in paragraaf 2.3 onaanvaardbaar werd geacht: discussie over de noodzaak tot nakoming van overeenkomsten in bijna ieder geval waarin een partij daar weinig meer voor voelt.

Het criterium van duidelijke gemeenschappelijke winst zou dus wellicht alleen een voorwaarde kunnen zijn voor beroep op gerechtvaardigd vertrouwen in gevallen waarin min of meer objectief vaststelbaar is dat de werkelijke wil niet overeenstemde met de verklaring of gedraging. Dan kan afwikkeling als voorgesteld een aanvaardbare tussenweg opleveren.

Maar er zijn ook gevallen waarin de verklaring of gedraging zodanig toerekenbaar de schijn van gebonden te willen zijn heeft gewekt, dat het aannemen van een contract toch de sanctie zou moeten zijn, ook al is niet duidelijk aantoonbaar dat de voordelen van de contractssluiting voor de vertrouwende partij de nadelen van de wederpartij overtreffen. De hiervoor gesuggereerde tussenweg zal dus in de praktijk vooral

begaanbaar zijn voor twijfelgevallen als begrijpelijke en niet sterk toerekenbare communicatiestoornissen. Maar dat is wel een categorie waarvoor een tussenweg welkom is.

4 Discussie

4.1 Vermijding van polariserende welles-nietes debatten over tekortschieten of toerekening

Hoe nu te denken over deze op de optimalisering van de belangen over en weer gebaseerde figuren van ‘efficient breach’ en ‘efficient contract’? Is het verstandig de mogelijkheden om een eenmaal gesloten contract niet na te komen te verruimen ten opzichte van de huidige rechtspraak? Is het zinvol om de rechtspraak over afgebroken onderhandelingen en die over gerechtvaardigd vertrouwen nader in te vullen door te kijken naar de gemeenschappelijke winst van partijen die uit contractssluiting zou voortvloeien? Is een plicht tot compensatie van nadeel en kosten aan degene die bereid is aan winstmaximalisatie mee te werken aanvaardbaar?

Een groot voordeel van deze benadering is dat zij het debat in geschillen verschuift. Er zijn veel gevallen waarin het vanwege een kosten/baten analyse niet willen nakomen of juist willen afdwingen van een overeenkomst wordt uitgevochten via wilsgebreken, via de leer van het gerechtvaardigd vertrouwen of over de band van beweerde tekortkomingen van de wederpartij die een ontbinding rechtvaardigen. Dat zijn moeilijke en tijdrovende debatten die vaak tot een kostbaar welles/nietes gevecht zullen leiden, waarin gemakkelijke escalatie optreedt. Uiteindelijk zullen dat soort gevechten toch vaak tot tussenoplossingen leiden, maar de mogelijkheid om de belangen te optimaliseren die er in heeft gezeten is dan vaak al verdwenen.

Een kader dat partijen aanspoort direct met hun belangen van hier en nu bezig te zijn, en op basis daarvan gezamenlijk het goede spoor te kiezen, verdient de voorkeur. In de voorgestelde benadering hoeft er niet te worden gedebatteerd over dwaling, over de oorzaak van de niet-nakoming, over de vraag voor wiens schuld of risico deze komt, over de vraag of verwijtbaar is gehandeld bij het afbreken van onderhandelingen of over de vraag welke schijn al dan niet door toedoen van de wederpartij is opgewekt. In voor de praktijk niet onbelangrijke categorieën gevallen kan worden volstaan met een beperkt debat over de vraag of de voordelen van de voorgestane oplossing de nadelen duidelijk overtreffen. Partijen worden in deze gevallen op het spoor gezet van communicatie en onderhandeling over oplossingen die hen na compensatie uiteindelijk beiden voordelen opleveren. Zij richten hun blik op hun (al dan niet gezamenlijke) toekomst met haar nieuwe mogelijkheden en

niet op dat wat in het verleden al dan niet is misgegaan.

4.2 Integratief onderhandelen als basis voor transacties en geschiloplossing

Sommige lezers zullen bij het voorafgaande associaties hebben gekregen met de moderne onderhandelingstheorie, waaruit het volgende patroon naar voren komt:⁴²

1. In open communicatie onderhandelen;
2. Op basis van werkelijke belangen (in plaats van op basis van posities);
3. Waarbij wordt gezocht naar creatieve oplossingen;
4. Die de gemeenschappelijke winst maximaliseren door gemeenschappelijke belangen te dienen en verenigbare belangen te honoreren;
5. En waarbij tegengestelde belangen worden ‘verdeeld’ aan de hand van gezamenlijk te bepalen objectieve maatstaven.

Toekomstgerichte belangenmaximalisatie en vermindering van debatten over standpunten waar dat mogelijk is dus. Deze methode wordt zowel gepropageerd bij het onderhandelen over contracten als bij het oplossen van geschillen en in dit artikel gaat het in wezen over beiden.

De brede toepasbaarheid van de moderne onderhandelingstheorie suggereert dat de benadering van belangenmaximalisatie door communicatie en onderhandeling die hiervoor werd gepropageerd waarschijnlijk ook op andere terreinen toepasbaar is. Ook op het terrein van de beëindiging en wijziging van de overeenkomsten lijkt deze aanpak zinvol, en wellicht zijn er nog meer toepassingen denkbaar op andere terreinen waar het gerechtvaardigd vertrouwen en nadelen een rol spelen, zoals rechtsverwerking.

De moderne onderhandelingstheorie laat ook zien in welke richting verdere ontwikkelingen zouden kunnen gaan. In het voorafgaande wordt wel de blik gericht op de werkelijke belangen van partijen, maar de benadering is in zoverre nog traditioneel dat gedacht wordt in de richting van bepaalde concrete oplossingen: optimalisering van de belangen van partijen door het al dan niet aangaan van een overeenkomst met

42 Zie noot 10 voor literatuurverwijzingen.

compensatie van nadelen en kosten. Één van de aantrekkelijke kanten van onderhandelingen volgens de beschreven methode is nu juist dat de energie gestoken wordt in het bedenken van creatieve oplossingen en niet in het beoordelen van de gerechtvaardigheid van één bepaalde oplossing. Maar het is moeilijk om dat in het systeem te passen, nu zowel het materiële recht als het procesrecht nog geheel zijn afgestemd op het beoordelen van bepaalde welomschreven vorderingen.

4.3 *Aansluiting bij modern contractenrecht I: belangen en nadelen*

Als wij terugkeren naar het bekendere terrein van het contractenrecht dan heeft het beginsel van belangenmaximalisatie ook aantrekkelijke kanten. Sinds het arrest Baris/Riezenkamp is er de veel geroemde verplichting van partijen hun gedrag mede te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Deze lijn loopt door in de opkomst van de goede trouw en de vertaling daarvan in de redelijkheid en billijkheid, waarin de persoonlijke belangen van partijen zo centraal staan. Wij zagen dat belangen, de over en weer te lijden nadelen en de gevolgen van voortbouwend handelen ook een belangrijke rol vervullen in de moderne contractenrechtelijke jurisprudentie. Te denken valt ook aan de hernieuwde belangstelling voor de ‘iustum pretium’ leer in de wetenschappelijke literatuur.⁴³ Een voor één partij zeer nadelig contract zou eigenlijk niet afdwingbaar moeten zijn. De koppeling met belangenoptimalisatie ligt hier eveneens voor de hand.

Belangen zitten overal in het huidige contractenrecht, maar blijven onder de oppervlakte van leerstukken als het gerechtvaardigd vertrouwen. Het beginsel van belangenoptimalisatie stelt deze belangen centraal. Hoofdregel zal blijven dat partijen zelf met hun overeenkomst trachten hun belangen te optimaliseren. Zij leggen vast wat zij zullen gaan presteren om op elkaars prestaties te kunnen gaan rekenen. Maar soms is er een zodanig betere weg om de belangen van partijen over en weer te optimaliseren, dat de kosten van heronderhandeling gemakkelijk kunnen worden goedge maakt door de betere wijze waarop de belangen van partijen kunnen worden gediend. Dan is het vasthouden aan het eenmaal al dan niet

43 Zie laatstelijk T. Hartlief, *Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht*, in: *Contractvrijheid* (T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker red.), Deventer: Kluwer 1999, p. 520 e.v. en Abas in deze bundel.

overeengekomene weinig zinvol en zou het recht kunnen stimuleren dat partijen voor de betere optie kiezen: het sluiten van een nieuwe overeenkomst die de belangen van partijen per saldo beter dient of het uit elkaar gaan van partijen.

4.4 Aansluiting bij modern contractenrecht II: communicatie-, coöperatie- en onderhandelingsplichten

Een andere ontwikkeling in het moderne contractenrecht is die van de communicatie-, coöperatie- en onderhandelingsplichten, die vooral in de publicaties van Vranken over het contractenrecht zo centraal staan.⁴⁴ Deze verplichtingen hebben in de rechtspraak veel weerklank gevonden, maar hun exacte plaatsbepaling is een probleem waar nog volop mee wordt geworsteld.⁴⁵ De band met de verplichting om rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen wordt gelegd, maar hoe die band precies ligt, is nog onduidelijk.⁴⁶

Het beginsel van belangenoptimalisatie als procedureel ingevuld door de onderhandelingstheorie kan er wellicht aan bijdragen dat er iets meer duidelijkheid komt over de inhoud van deze plichten van contractspartijen. Communicatie zal vooral gaan over de werkelijke belangen en over de voor- en nadelen die voor een partij aan bepaalde opties zijn verbonden. Coöperatie kan zoiets betekenen als door samenwerking proberen oplossingen te vinden die de wederzijdse belangen optimaliseren door gemeenschappelijke belangen te honoreren, verenigbare belangen te waarborgen en door voor tegengestelde belangen aan de hand van objectieve criteria tot een verdeling te komen. Onderhandeling kan betekenen te werk gaan volgens het patroon van de moderne onderhandelingstheorie.

4.5 Van begrenzing van wilsautonomie naar stroomlijning van de interactie

44 Zie vooral J.B.M. Vranken, Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1999 (ook opgenomen in Tijdschrift voor Privaatrecht 1997, p. 1825 e.v.) nr. 15 e.v. en rechtsvergelijkend Hesselink, t.a.p. (noot 11), p. 238 e.v.; vgl. bovendien art. 1:201 PECL.

45 Hesselink, t.a.p. (noot 11), p. 255 twijfelt vanwege de onbepaaldheid daarvan aan de zinvolheid van met name de coöperatieplicht.

46 Vranken, t.a.p. (noot 37), nr. 17.

Dat brengt ons op één van de steunpunten van het huidige contractenrecht, de wilsautonomie. Het wettelijk systeem gaat uit van de gedachte dat iedere partij autonoom haar eigen gedrag moet kunnen bepalen, een gedachte die overigens ook in andere onderdelen van het rechtssysteem overheerst, bijvoorbeeld in het civiele procesrecht. Een contract is dan de uitoefening maar ook de inlevering van die autonomie door een verbintenis aan te gaan, waartegenover de wederpartij harerzijds een verplichting aan gaat. Het beeld van het contract is dat van een ruil van prestaties.

Die autonomie is een groot goed, maar tegelijkertijd is duidelijk dat zij niet volkomen kan zijn.⁴⁷ Dat wordt tot uitdrukking gebracht door de gedachte dat men zijn gedrag mede moet laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Daar beginnen echter de moeilijkheden, omdat niet duidelijk is hoe dat dan moet en hoe ver dat gaat. Betekent dit dat men zijn eigen belangen soms ten achter moet stellen bij die van de wederpartij? Men spreekt dan al gauw van inperking van de contractsvrijheid en vindt die inperking soms te ver gaan.⁴⁸

De blikrichting van de communicatie, de coöperatie en de onderhandeling is een andere. Daarbij ligt de nadruk niet op het individu in de contractuele verhouding en diens plichten, maar op de interactie tussen personen, op de contractuele samenwerking. Richt men zich op de interactie tussen partijen en probeert men die te stroomlijnen, dan ziet men dat er niet alleen tegengestelde belangen zijn die al dan niet in een ruilverhouding tegenover elkaar staan, maar ook gemeenschappelijke belangen en belangen van de ene partij die door de andere partij met heel weinig inspanning kunnen worden gediend. Richten partijen zich gezamenlijk op het optimaliseren van die belangen, dan ligt door die samenwerking winst in het verschiet.⁴⁹ Dat is net zo goed een wezenlijke kant van contractuele samenwerking als het beginsel van de contractvrijheid. Beide invalshoeken sluiten elkaar niet uit en

47 Vgl. over de autonomie uitvoerig Asser/Hartkamp II 1997, nr. 41 e.v.

48 Zie recentelijk bijvoorbeeld T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999.

49 Vgl. ook de omvangrijke literatuur over 'relational contracts', zie de Encyclopedia of Law and Economics: <http://encyclo.findlaw.com/biblio/index.html>, Bibliography 4200, Long-Term

de ene is niet beter dan de andere. De verschillende invalshoeken laten wel andere dingen zien en goede regels voor het contractenrecht houden rekening met beide aspecten.

Als doel van de contractuele samenwerking mede de optimalisering van de belangen van partijen is, dan is het niet vreemd om die optimalisering ook het doel te laten zijn als de contractuele samenwerking stukt. In het traditionele contractenrecht is de gedachte dat iedere partij dan weer in staat moet zijn volledig autonoom de eigen gedragslijn te bepalen. Die gedachte ligt ten grondslag aan Boek 6 BW. Maar het is aantoonbaar beter om partijen ook dan te prikkelen om door integratief onderhandelen de belangen te optimaliseren, althans wanneer de kosten van onderhandeling lager zijn dan de winst die met onderhandelen kan worden geboekt.

Dat wil niet zeggen dat zij gehouden zijn hun eigen belangen op te offeren aan die van de wederpartij. Voorzover zij tegengestelde belangen hebben, kunnen zij harde posities innemen in de zin dat zij geen contract daarover hoeven aan te gaan of tot concessies verplicht zijn. In zoverre kunnen zij hun eigen belangen dienen. De hier verdedigde invalshoek leidt er niet zonder meer toe dat er een verplichting moet zijn 'de koek eerlijk te verdelen', bijvoorbeeld in de vorm van het 'iustum pretium' beginsel. Wel moet de koek zoveel mogelijk worden vergroot door gemeenschappelijke belangen te dienen en verenigbare belangen te honoreren. Die soorten belangen mogen meer in het bijzonder niet worden geschaad om een beter resultaat te krijgen bij de verdeling.

Een mooi voorbeeld dat mij eens werd gegeven is dat van twee partijen verwickeld in een geschil over de beëindiging van een distributieovereenkomst.⁵⁰ Met open vizier en met blijde gezichten regelden zij de relaties met de klanten, de overgang van werknemers en de overdracht van voorraden: zaken waarbij gemeenschappelijke winst kan worden behaald. Maar beiden waren ook ieder met hun eigen advocaat bezig met het opbouwen van schadeclaims over die zaken waarbij hun belangen zuiver tegengesteld waren. Zo kan hard en met de eigen belangen voorop zaken worden gedaan, zonder dat gemeenschappelijke winst verdampt omdat er geen samenwerking meer is die de optimale oplossingen mogelijk maakt. Vanuit de invalshoek van de wilsautonomie is er dan nog niets wezenlijks opgegeven, dan de mogelijkheid om de kop in de wind te gooien en ieder contact met de wederpartij te verbreken. Die mogelijkheid is in gevallen waarin wezenlijke belangen op het spel staan praktisch toch al illusoir, omdat de wederpartij die wel nader overleg wenst het er meestal niet bij zal laten zitten en er ook recht op heeft dat met haar belangen rekening wordt gehouden.

Men kan de coöperatiegedachte echter ook nog iets verder doortrekken. Waar de belangen werkelijk tegengesteld zijn en verdeling nodig is, blijkt uit de onderhandelingstheorie dat de optimale manier waarop partijen dit kunnen aanpakken is het zoeken naar objectieve criteria. Die zoekproces kan ook zoveel mogelijk een coöperatieve samenwerking zijn, waarin eventueel een beslissing door een derde uiteindelijk de doorslag geeft. Daarbij raakt men wellicht wel aan het autonomiebeginsel. Maar inmiddels is men dan eigenlijk al op het terrein van het procesrecht terechtgekomen. En is medewerking aan een behoorlijke oplossing van het geschil ook daar niet terrein aan het winnen op het onverkort toepassen van het autonomiebeginsel?

5 Belangrijkste resultaten en perspectieven voor nader onderzoek

⁵⁰ Met dank aan mr W. Taekema.

Dit artikel biedt een allereerste verkenning van de mogelijkheden het beginsel van de maximalisatie van belangen een duidelijker plaats in het contractenrecht te geven. Die verkenning betrof de mogelijkheden om tot een duidelijk betere oplossing te komen vanuit de positie van een eenmaal gesloten contract ('efficient breach') of vanuit de positie van een nog niet gesloten contract (efficiënt contract). Deze benadering levert het nodige op:

1. De rol van nadeel en het 'fait accompli' kan exacter worden bepaald. Het beginsel van optimalisering van de belangen van partijen **brengt de voor- en nadelen aan beide zijden immers met elkaar in verband.**
2. In bepaalde, voor de praktijk niet onbelangrijke categorieën gevallen kunnen moeizame debatten over 'schuld', oorzaken en toerekening mogelijk worden vermeden.
3. Aansluiting wordt gevonden bij moderne onderhandelingstheorie en daarmee bij de wijze waarop mensen naar de huidige inzichten het beste met belangentegenstellingen kunnen omgaan.
4. Het besproken beginsel sluit aan bij economische principes, die in de huidige samenleving een belangrijke rol spelen.
5. Er is eveneens aansluiting bij moderne contractstheorieën en een perspectief op nadere invulling van de daarin centraal staande communicatie-, coöperatie- en onderhandelingsplichten.
6. Het beginsel biedt zicht op een nadere concretisering van de vanuit de wilsautonomie zo moeilijk te duiden regel dat men zijn gedrag mede moet laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.

Maar het voorafgaande is nog slechts een eerste verkenning. Aandachtspunten voor verder onderzoek zijn onder meer de volgende:

1. Voor wat betreft de economische invalshoek is alleen gekeken naar de oplossingen die voor partijen optimaal zijn, uitgaande van een eenmaal gesloten contract of een nog niet gesloten contract. De mogelijke voor- en nadelen voor derden (externe effecten) zijn buiten beschouwing gebleven.
2. Evenmin is gestructureerd nagegaan welke prikkels de gesuggereerde aanpak legt op partijen die overwegen in een

contractuele relatie te treden of die al een contractuele relatie zijn aangegaan.⁵¹

3. Uitgegaan is van de gedachte dat de belangen van partijen zodanig kunnen worden vergeleken dat met enige objectiviteit kan worden vastgesteld of de voordelen voor de ene partij de nadelen voor de wederpartij overtreffen.⁵² Door als criterium te nemen dat er een duidelijk saldo is, wordt dit enigszins ondervangen, maar het is de vraag of in de gevallen die zich praktisch vaak voordoen een voldoende objectieve ‘saldering’ van belangen kan plaatsvinden.
4. Kan het werken met het beginsel van belangenmaximalisatie als ingevuld door de onderhandelingstheorie ook leiden tot een antwoord op de vraag waar in het contractenrecht open normen zinnig zijn (bijvoorbeeld als kader voor het zoeken naar gemeenschappelijke en verenigbare belangen) en waar scherpere normen (bijvoorbeeld waar sprake is van tegengestelde belangen die moeten worden ‘verdeeld’ aan de hand van objectieve maatstaven)?
5. Het ‘doorrekenen’ van de wijze waarop het beginsel van belangenmaximalisatie het contractenrecht zou kunnen beïnvloeden is slechts schetsmatig gebeurt en op een beperkt terrein: dat van het al dan niet aannemen van gebondenheid.
6. Verondersteld wordt dat partijen in staat zijn onderhandelingen conform de moderne onderhandelingstheorie te voeren, eventueel met behulp van rechtshulpverleners of anderen. De condities daarvoor hoeven lang niet altijd te zijn vervuld en misschien is dat een reden om terug te vallen op de ‘next best’ oplossing van partijen die ieder onafhankelijk van elkaar hun gedrag bepalen.
7. **Anderzijds geldt dat de moderne onderhandelingstheorie**

⁵¹ Zie daarover in verband met paragraaf 3 onder meer Katz, t.a.p. (noot 32).

⁵² Van Velthoven en Van Wijck, t.a.p. (noot 7), p. 28, wijzen er op dat dit een algemeen probleem is bij het bepalen van Hicks-Kaldor efficiëntie. De omvang van belangen moet met enige mate van precisie worden vastgesteld om de afweging te kunnen verrichten en dat is niet altijd mogelijk.

meer biedt dan een kader voor belangenafweging. Zij heeft wellicht meer te zeggen over de wijze van communicatie en samenwerking tussen partijen, wat van belang zou kunnen zijn voor het contractenrecht dat deze communicatie en samenwerking moet ondersteunen.

8. Onduidelijk is nog of het niet nakomen van de verplichting om behoorlijk (volgens de moderne onderhandelingstheorie) te onderhandelen voldoende kan worden gecontroleerd en gesanctioneerd. Als deze aanpak tot meer nieuwe moeilijk op te lossen geschillen leidt dan zij kan voorkomen, is er niets gewonnen.
9. Het materiële recht en het procesrecht gaan uit van het instellen van een bepaalde vordering, terwijl in het beoogde onderhandelingsproces nu juist vooraf niet te bepalen is wat de gewenste uitkomst zal zijn.⁵³ Kan de helderheid voor wat betreft de gewenste uitkomst zonder bezwaar worden vervangen door de grotere duidelijkheid over de gang van het proces van onderhandelingen die de moderne onderhandelingstheorie biedt?

Het is het type onderzoek dat misschien niet helemaal in de lijn ligt van dat wat Benita Nieskens in het onderzoek boeit. Maar wellicht is zij wel geïntrigeerd door dit opstel, waarin getracht wordt een grondslag voor het contractenrecht naar voren te schuiven en waarin de gevolgen daarvan worden besproken. Ik ben benieuwd naar haar reactie.

53 Vgl. over deze problematiek ook M.E.M.G. Peletier, Partijautonomie versus rechterlijke discretie bij dwaling en imprévision, in: *Contractvrijheid* (T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker red.), Deventer: Kluwer 1999, p. 520 e.v.